

Información, desinformación y pandemia. Un análisis contextual de la Orden de 30 de Octubre de 2020 por la que publica el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional de España^()*

Enrique Guillén López

Para una gran parte de la población, se está volviendo imposible distinguir entre un conocimiento experto “auténtico” (entendido en términos de credenciales, métodos y transparencia) y el alternativo que ofrecen los cabilderos y laboratorios de ideas que sirven a intereses creados*.

Il presente contributo vuole analizzare l’Ordinanza del 30 ottobre 2020 approvata dal Consiglio di sicurezza nazionale della Spagna al fine di stabilire una procedura volta a combattere la disinformazione. In questo senso viene utilizzata una metodologia costituzionale per verificare i cambiamenti che Internet e, soprattutto, i social network hanno provocato nel paradigma della comunicazione, e ciò avendo come riferimento più vicino l’infodemia causata dal COVID-19. Quest’ultimo è il contesto che spiega l’Ordinanza di ottobre, che può considerarsi una risposta affermativa alla domanda, di

^(*) Una versión primera de este trabajo se expuso en la Sesión “Los derechos fundamentales de expresión e información en tiempos de la Covid”, que hizo la número décimoprimer del Foro sobre Derecho y Covid-19, organizado por la Universidad de Granada, el Ilustre Colegio de Abogados de Granada y la Fundación de EPJ de Granada, en el marco del Proyecto de Investigación “El impacto del COVID-19 en las relaciones contractuales” de la Junta de Andalucía. Agradezco la invitación a sus coordinadores, los profesores María del Carmen García Garnica y Rafael Rojo Álvarez de Manzaneda y a quienes en esa sesión intervinieron aportando ideas y sugerencias, en especial a mis colegas Miguel Azpitarte Sánchez y Augusto Aguilar Calahorro, IP del Proyecto de Investigación PID2019-106118GB-I00 “La configuración del espacio publico en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la Constitución”, en el marco del cuál también hay que incardinar esta iniciativa.

* W. Davies, *Estados nerviosos. Cómo las emociones se han adueñado de la sociedad*, Madrid, 2019, p. 308.

rilievo tipicamente costituzionale, se le autorità pubbliche debbano intervenire in materia di disinformazione. Rimangono, tuttavia, molti dubbi sulla portata dell'intervento.

This article tries to analyze the Order of October 30, 2020 approved by the National Security Council of Spain in order to establish a procedure to fight against disinformation. In this sense, a constitutional methodology is used to consider the changes that the internet and, especially, social networks, have caused in the communication paradigm, taking the infodemic caused by COVID-19 as the closest reference. This is the context that explains the October Order, which can be understood as an affirmative answer to the question of constitutional roots about whether the public powers have to react in matters of disinformation. However, many doubts remain about the concret measures of the intervention.

1. Introducción

No entendemos muy errado comenzar este trabajo resaltando como punto de partida que la pandemia ha producido una transformación de múltiples y muy definitorios aspectos de la existencia humana. La alteración de nuestro modelo de vida – hábitos, costumbres, rituales – provocada por la exposición a un virus con probadas consecuencias letales ha incrementado exponencialmente la sensación de vulnerabilidad, individual y colectiva, a la que este siglo convulso nos ha sometido desde su inicio. Efectivamente, lo inauguramos en 2001, con los atentados del 11-S y la gran crisis de seguridad a la que dieron lugar; seguimos con el colapso económico de 2008 y, sin apenas tiempo para recomponernos, llega una epidemia mundial de origen desconocido que somete a la vida (el presupuesto del resto de los derechos STC 53/1985) a un asedio que el confiado Occidente creía haber olvidado.

Las tres crisis mencionadas, la de seguridad, la económica y la sanitaria, han supuesto una convulsión para los sistemas jurídicos. No podría haber sido de otro modo: el derecho, como mecanismo para la solución pacífica de los conflictos, exige terciar entre soluciones puntualmente contrapuestas (es un clásico aludir respecto de la primera de las mencionadas al binomio seguridad/libertad) para alcanzar la maximización de los valores, principios

y derechos que hemos convenido en nuestra Constitución como fundamento del orden político y de la paz social¹.

La paz social es siempre precaria, como lo son los conceptos a los que el derecho debe su existencia y a los que ha de plegarse para cumplir sus objetivos: la justicia, la igualdad, la libertad, la democracia, los derechos fundamentales. A poco que se repare en las circunstancias históricas se observa que es necesario un esfuerzo constante para lograr que no decaigan y que hay momentos en los que se advierte una caída en barrena hacia el abismo². La situación actual, con la crisis sanitaria como epítome de todas las anteriores³, en su convergencia con una transformación social gigantesca y sin precedentes⁴, es indiscutiblemente crítica. Y es que nos emplaza frontalmente ante nuestro destino como especie. Ciertamente nunca ha estado a nuestro alcance conocerlo – y ese es uno de los elementos definitorios de la existencia humana – pero en momentos como los actuales apreciamos como la previsibilidad, la seguridad, valores a los que el derecho presta buena parte de sus servicios, se esfuman⁵.

¹ Recordemos como ejemplarmente se señala esta idea en el artículo 10.1 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

² El caso de los años 30 del pasado siglo es un ejemplo arquetípico de lo que se indica. Sobre esta época y sus semejanzas y diferencias con la actual cfr. F. Balaguer Callejón, *La crisis de la democracia en la época de Weimar y en el siglo XXI*, en *Cuadernos Constitucionales*, 1/2020, p. 53 ss.

³ Muy gráficamente y con exactitud F. Balaguer Callejón la ha definido como una «matrioska que porta todas las demás crisis en su interior»: *La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital*, en A.C.N. Gomes, B. Albergaria, M.R. Canotilho (car.), *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte, 2021.

⁴ Insiste en esta idea recurrentemente S. Zuboff que en su importante obra, *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Barcelona, 2020, condensa en torno al concepto de “capitalismo de la vigilancia” la transformación civilizatoria que se está llevando a cabo en el ámbito económico y conductual.

⁵ Tener la posibilidad de observar las reuniones de personas hablando por la calle es corroborar la inquietud; verificar la dificultad de conversar sobre algo que no sea la epidemia, los afectados; preguntar por el estado de salud, sobre las previsiones de vacunación; testar el ánimo de los interlocutores y cuestionar la eficacia de las medidas adoptadas por las autoridades. Todas las personas se despiden expresando un anhelo de volver a verse cuando todo haya pasado. Pocas confían en que la normalidad que conocíamos retorne.

De esta manera podemos comprobar sin lugar a dudas que la pandemia tiene una dimensión política excepcional, convirtiéndose en un vórtice, en un espacio que condensa todas las preocupaciones existenciales de la persona: el miedo a la muerte, a la pobreza; el temor por la suerte de nuestros mayores y descendientes; el dolor por un deterioro medioambiental que amenaza la supervivencia del planeta.

No se puede abordar un fenómeno como éste sin considerar como elemento fundamental del mismo la dimensión comunicativa, la proliferación de discursos con los que se abordan todos sus perfiles, desde los técnicos (las cuestiones atinentes, sobre todo, a la caracterización del virus, sus mecanismos de contagio y los tratamientos) hasta los políticos (el cuestionamiento crítico de las medidas a través de las cuales los poderes públicos protegen los derechos e intereses de las personas). Podemos observar así dos aspectos, a mi juicio, capitales: 1) La realidad de la pandemia se elabora socialmente, en el ámbito público; 2) La construcción individual y colectiva de esta realidad resulta de una combinación de información y opinión.

En las páginas que siguen se va a emprender un análisis para intentar despejar desde una perspectiva constitucional los elementos cruciales de este proceso de construcción social de la pandemia lo que exige advertir las transformaciones que la sociedad digital ha operado sobre la configuración y los modos operativos de la categoría clásica “poder”. De aquí se pasa a considerar el indiscutible impulso del modelo comunicativo de internet durante la pandemia cuyo lado oscuro ha sido unos episodios de desinformación (infodemia) que se convirtieron en un obstáculo importante para poder combatir el virus. El trabajo prosigue centrándose ya en la forma en que nuestro país se ha visto obligado a enfrentar la desinformación en un período de gran conflictividad. La última parte se dedica a la Orden de 30 de octubre de 2020 por la que publica el procedimiento de actuación contra la desinformación, primer significativo que intenta en nuestro ordenamiento dar una respuesta actualizada la forma contemporánea del grave peligro que advirtió C. Schmitt:

Hay en toda democracia partidos, oradores y demagogos [...] además de prensa, cine y otros medios para operar psicotécnicamente sobre las grandes masas. Todo eso se sustrae a una normación exhaustiva. Existe siempre, por eso, el peligro de que la opinión pública y la voluntad del pueblo sean dirigidas por fuerzas sociales invisibles e irresponsables⁶.

⁶ C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1996, p. 241.

Los comentarios conclusivos insisten en que la complejidad del contexto obliga a que los poderes públicos intervengan ante el que seguramente será (junto con el deterioro del medioambiente) el desafío más importante que nuestra era presenta.

2. La forma del poder en la sociedad digital. información y autorregulación

De acuerdo con lo que se acaba de apuntar el primer paso en el análisis contextual de la Orden por la que se publica el procedimiento contra la desinformación pasa por destacar de manera muy sumaria algunos aspectos.

Así como el siglo XX ha estado marcado por los medios de comunicación de masas (periódicos, radios, cine y sobre todo, televisión) el XXI ha comenzado con el imperio de compañías privadas como Google, Amazon, Twitter, Instagram y Facebook que ejercen un poder omnímodo sobre Internet, un nuevo territorio sin estado. Son ellas las que permiten el acceso a la información, compartir la opinión, acceder a todo tipo de contenidos y productos. Lo hacen a través de aplicaciones formalmente gratuitas pero la no existencia de cobro a sus usuarios no ha impedido que su facturación sea tal que cinco de ellas ocupan las seis primeras posiciones a nivel mundial por capitalización bursátil⁷.

De acuerdo con el dato anterior entendemos poco discutible el encuadramiento de estas compañías dentro de la categoría de poder. Y si partimos de que la esencia del constitucionalismo es el control del poder para la garantía de la libertad (Artículo 16 Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano) no podemos quedarnos en la perspectiva formal que se lo atribuye en exclusiva a quienes ejercen potestades públicas. La visión del Estado, de los poderes públicos, de los gobiernos como amenazas constantes de la autonomía individual⁸ no se compadece con una

⁷ Cfr. <https://www.gfmag.com/global-data/economic-data/largest-companies>. De lo anterior no cabe sino deducir que los márgenes para el exponencial crecimiento de estas plataformas se deben a la monetarización de la información, de nuestra información.

⁸ No quiere decirse con ello que no puedan serlo en Estados plenamente democráticos (cfr. la STC 76/2019 que determinó la nulidad de la disposición que habilitaba la recopilación por los partidos políticos de datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos; demostrando, por cierto, la utilidad clara de la legitimación activa del Defensor del Pueblo en el Recurso de Inconstitucionalidad) y desde luego en los que no

realidad en la que son las empresas privadas las que atesoran capacidades de intervención (de carácter también potencialmente lesivas) en todos los procesos sociales sin precedentes⁹.

Siguiendo con la categoría de poder es preciso indicar que ésta no solo se refiere a un sujeto capaz de ejercer unas acciones susceptibles de modificar o condicionar la conducta de otros sino también a esa misma capacidad referida a un concreto ámbito. Así, por ejemplo, “información es poder”

cumplen los requisitos para ser así encuadrados. Pero precisamente el caso aludido demuestra que cuando hay una actuación de los poderes públicos que puede ser constitutiva de violar derechos constitucionales funcionan los órganos que el ordenamiento diseña para contrarrestar. Esto está lejos de ocurrir cuando son los poderes privados los que llevan a cabo la actuación lesiva.

⁹ Esto es lo propio del arraigo de la visión tradicional del constitucionalismo que observa el poder bajo la dimensión formal de las Constituciones que atribuyen las potestades de creación y aplicación de normas a las instituciones que en ellas reciben un completo tratamiento jurídico. Sin embargo, lo cierto es que la promesa de racionalización del poder que ofrece el constitucionalismo solo ha tenido éxito completo con Parlamentos, Gobiernos, Organos Judiciales y toda la panoplia de órganos constitucionales a las que se refieren las Normas sedicentemente supremas del ordenamiento jurídico. En este esquema los poderes privados aparecen bendecidos por el manto de la “libertad”, de las libertades”; llevan a cabo su actividad bajo su égida y de ahí que la no injerencia del Estado sea la mejor garantía. En otras palabras, el estado representa el poder y los poderes privados la libertad. Lo que en este esquema no encuentra acogida es que la capacidad de expansión que las compañías pueden alcanzar gracias, sobre todo al principio general de la libertad de empresa, fuera tal que el poder estatal fuera debilitándose hasta prácticamente claudicar. Hace ya bastante tiempo, en efecto, que los flujos informativos que tienen acogida mayoritaria no provienen de entes estatales o públicos. El poder, hoy, no es público. El poder a controlar, pues, no es público. Cuando se liberalizó el mercado de operadoras de televisión pasó a ser de medios de comunicación privados (en el peor de los casos, como en el de Telecinco y Berlusconi capaces de confundir lógicas de servicio público e intereses fundamentalmente crematísticos); y en el momento actual, internet es el albañal de FB, Amazon o Apple. Cfr. tb en este sentido F. Balaguer Callejón, *El impacto de los nuevos mediadores de la era digital en la libertad de expresión*, en *lceonline* (<https://www.lceonline.eu/>), I, 0/2021, p. 27: «La tensión sobre la libertad de expresión se desplaza al ámbito privado porque los nuevos mediadores son empresas privadas. Sin embargo, debido al modo en que se han configurado los procesos comunicativos en la era digital, estas empresas han ocupado una gran parte del espacio público prestando servicios en régimen de monopolio o de oligopolio que obliga a replantear las categorías de lo público y lo privado en relación con el ejercicio de la libertad de expresión. Así, la dialéctica sobre la libertad de información y opinión no se manifiesta ya en la tensión entre los medios de comunicación y el poder público que podía limitar esa libertad. Por el contrario, la ocupación del espacio público comunicativo por los nuevos mediadores a través de canales privados les otorga una amplia capacidad decisión sobre la libertad de expresión. La tensión sobre la libertad de expresión en los procesos comunicativos se está articulando ahora en torno a los nuevos mediadores y no puede ser valorada desde la perspectiva exclusiva del derecho privado».

constituye un brocardo indiscutido que explicaba en toda su complejidad el modelo de las libertades de expresión e información reconocido en el artículo 20 CE. Así se aprecia que, en la Constitución, el derecho a recibir y comunicar información veraz (20.1. d)), la prohibición de censura previa (20.2), la intervención judicial para el secuestro de las publicaciones(20.5), el control parlamentario de los medios públicos(20.3), constituyen principios de ordenación del proceso comunicativo que piensan en él como mecanismo de garantía de una ciudadanía que ha de saber para poder racionalizar las actuaciones de quienes ejerzan una posición de preeminencia. Quien se mantiene en la ignorancia, el engañado, el que no sabe, no cuenta con elementos suficientes para autodeterminarse ni, evidentemente, para participar junto con otros en ese proceso de autodeterminación colectiva que es, en definitiva, la democracia. En otras palabras, si la información es poder, la ignorancia es impotencia. Y es conocido el funcionamiento compensatorio del poder que da a uno de sus poseedores lo que le arrebató a otro. Solo hay un escenario más favorable para el poder que no quiere ser controlado que la ignorancia de los controladores: que estos crean que están informados, la credulidad. Es el momento de apuntar ya que Internet nació para dar cuenta¹⁰, que prometió poner al alcance de cualquiera todos los conocimientos sobre todo, ha cumplido su imposible promesa: la sobreabundancia impide el discernimiento y en su falta proliferan los poderes ocultos. Muchos conceptos jurídico-políticos revisten el carácter de ficciones en el sentido que maneja Morgan¹¹. La información pareció ser de esas en las que, gracias a la computación y las redes, la realidad se le podía aproximar. La desinformación, el vocablo que utilizan los documentos oficiales para describir algo más que

¹⁰ La primera acepción del verbo “Informar” que incluye el DRAE es: «Enterar o dar noticia de algo» (<https://dle.rae.es/informar>).

¹¹ En el sentido de E. S. Morgan, *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*, Avellaneda, 1988. Concluye este autor este fascinante estudio con un párrafo que se ha de traer aquí para considerar lo que en el texto se afirma respecto de la información como ficción: «Desde sus inicios en la Inglaterra de la década de 1640, la soberanía del pueblo había estado cargada de sorpresas para aquellos que la invocaron. Era una ficción más dinámica que la que reemplazaba, más capaz de servir como objetivo buscado, nunca alcanzable, siempre alejándose, pero accesible y digno de ser perseguido. Ha desafiado continuamente al gobierno de las minorías para reformar los hechos de la existencia política y social a fin de cumplir con las aspiraciones que promueve. La suposición de que el rango social debe transferir un título a la autoridad política fue solo la primera baja en sus reformas, y todavía no hemos visto la última. La ficción perdura. El desafío persiste» (*ibid.*, p. 326) .

situaciones episódicas, es una muestra de que las tensiones se incrementan y el poder performativo de la ficción necesita nuevos aportes.

Acabamos de ver como la visión tradicional que ha venido imperando es la de considerar paladines de la libertad a los medios privados y a los poderes públicos como principales beneficiarios si los flujos informativos se desviaban de la objetividad. Este es el paradigma liberal de la opinión pública¹² que funciona como un cortafuegos que garantizaría de la separación Estado-Sociedad. Toda una fraseología – con ribetes épicos en el caso del anarcoliberalismo – que dice velar porque no se tutele el discurso colectivo, por dar alas a la crítica; porque, en definitiva, no se concedan a los gobiernos instrumentos para permanecer ilegítimamente en el poder. El principio que se ajusta como un guante a este planteamiento es el de autorregulación – que admitiría también la denominación de irresponsabilidad.

En efecto, la autorregulación ha permitido a las plataformas crear un espacio diseñado al margen de la esfera estatal en el que los actores hicieran valer espontáneamente opiniones y comunicaran informaciones¹³. Comenzó siendo un espacio sin tutela (esto es, sin adecuados mecanismos de control) en el que las compañías no asumían responsabilidad alguna por las intervenciones de sus usuarios (principio de ausencia de responsabilidad editorial¹⁴) tendencia corregida en la actualidad por la práctica de que sean ellas mismas, conforme a su propio marco, las que moderen los contenidos¹⁵.

¹² J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1988.

¹³ Un principio fundamental a tal fin es el de neutralidad cuyas vicisitudes y trascendencia constitucional ha glosado J. F. Sánchez Barrilao, *El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la Red*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 26/2016, y *El Internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad*, en *Estudios de Derecho a la Información*, 9/2020.

¹⁴ Consagrado en el sistema jurídico estadounidense en la Sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones de 1996. Cfr. S. Zuboff, *La era del capitalismo de la vigilancia*, cit., p. 155. Y en la normativa europea en el artículo 12 de la Directiva 2000/31, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) a partir de la remisión realizada por el artículo 28 bis 5 de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).

¹⁵ En este sentido hay que distinguir entre controles puramente internos que las plataformas llevan a cabo mediante algoritmos y que producen resultados cuando menos paradójicos, como por ejemplo, el que supuso la retirada de un post en Facebook con una cita literal de Goebbels sin advertir en que modo alguno suponía un apoyo al argumentario nazi (<https://elpais.com/tecnologia/2021-01-28/el-consejo-asesor-tumba-cuatro-decisiones-de-fa>

Y es que el modelo autorregulatorio no ha mostrado ser suficiente a la hora de ordenar episodios y dinámicas con serias consecuencias constitucionales. Así, tal y como episodios como el de Cambridge Analytica muestran, Facebook fue, al menos, el elemento propiciatorio de la tergiversación de la expresión de la voluntad popular de procesos electorales¹⁶, resultando una afectación gravísima del principio democrático¹⁷. De otro lado, se han diseñado algoritmos que automáticamente y sin justificación suficiente restringen imágenes o discursos de modo que es la propia empresa la que somete a un filtro a los contenidos que el usuario quiera verter o recibir¹⁸.

cebook-en-sus-cinco-primeras-sentencias.html); aquellos que suponen una intervención genérica para evitar un riesgo puntual ante una situación como la actual pandemia (como la decisión de Whatsapp de limitar a un único destinatario por mensaje el reenvío de cadenas virales altamente compartidas (<https://blog.whatsapp.com/Keeping-WhatsApp-Personal-and-Private>); y los controles que se han querido externalizar relativamente como el que supone la creación del Consejo Asesor de Contenidos de Facebook, que recibe quejas sobre la supresión de contenidos por parte de los usuarios desde octubre de 2020 (https://es-la.facebook.com/help/346366453115924?helpref=faq_content). Sin embargo si bien parece que este Consejo puede ser eventualmente eficaz para tutelar demandas individuales de quien se siente perjudicado en su derecho de transmitir información veraz (lo que supuso, por ejemplo, la revocación de la decisión sobre el post que incluía la cita de Goebbels que se acaba de referir) no será suficiente, nos tememos, para controlar los movimientos masivos de desinformación que, de manera cada vez más sofisticada, pueden afectar a valores constitucionales. En cualquier caso, tal y como señala F. Balaguer Callejón, *El impacto de los nuevos mediadores*, cit., p. 21: «las medidas puntuales que adoptan, ya sea para evitar un daño excesivo en su imagen pública ya sea porque quieren realmente evitar las consecuencias más graves de su intervención en los procesos comunicativos, no afectan al núcleo de los problemas».

¹⁶ F. Balaguer Callejón, *Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32/2019.

¹⁷ El asalto al Capitolio es, de momento, el último hecho trascendental en la estrategia de derribo de la democracia. Han sido correctamente señaladas la conexiones con la desinformación y la expansión subsiguientes de las teorías conspirativas en F. Balaguer Callejón, *El impacto de los nuevos mediadores*, cit., p. 20, señala también lo siguiente: «Ni el asalto al Capitolio ha sido el punto final a una evolución dantesca de la política en Estados Unidos ni la actitud de las compañías tecnológicas ha sido tan limpia y clara como para garantizar que no habrá nuevas amenazas a la democracia y a la constitución. Como comprobaremos más adelante, el ejemplo de Facebook es claro: mientras impedía a Trump el uso de sus aplicaciones, estaba contribuyendo con sus algoritmos a propagar de manera muy eficaz los planteamientos trumpistas que dieron lugar al asalto al Capitolio».

¹⁸ «Las decisiones de las empresas para moderar contenido son a menudo difíciles de entender. La mayoría de las empresas profieren las reglas de moderación de contenido bajo sus propios criterios y no están basadas en un ordenamiento jurídico concreto que pueda regular la libertad de expresión. Además, los usuarios tienen poca información sobre los comportamientos prohibidos, las sanciones que pueden sufrir y las razones que llevaron a la

¿Cuentan en este contexto las libertades de expresión y de información de protección suficiente? Una tercera consecuencia del paradigma autorregulatorio es que ha puesto una parte sustancial de la actividad de estas empresas (que supone, por otra parte un gran volumen de negocio), la que se refiere al traslado de los datos conductuales referentes a sus usuarios, al margen del conocimiento de los mismos. Tal y como advierte Zuboff el modelo autorregulatorio ha sido muy eficaz a la hora de permitir el desarrollo de esas actividades que constituyen el grueso del que ella configura como capitalismo de la vigilancia¹⁹. ¿Dónde quedan la intimidad, la protección de los datos? Seguramente en el basurero de la historia y con estas reliquias profanadas el que esta autora denomina el derecho para elegir el futuro²⁰. De ser acertada su teoría, mientras el capitalismo del XIX supuso la destrucción de la naturaleza, el funcionamiento sin control externo de los gigantes de la comunicación por internet pueden devastar la naturaleza humana²¹.

De esta manera se entiende que la autorregulación esté siendo objeto de una poco ruidosa pero consistente revisión. Así en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (“La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo”) de 26 de abril de 2018 se la menciona con condicionantes al establecer:

empresa a restringir determinado contenido o bloquear alguna cuenta”. A. L. Walter De Santana, *Facebook y los límites a la libertad de expresión: la decisión del Bundesgerichtshof de Alemania sobre las reglas de moderación de contenido*, en “IberIConnect”, 27 de agosto de 2021 (<https://www.ibericonnect.blog/2021/08/facebook-y-los-limites-a-la-libertad-de-expresion-la-decision-del-bundesgerichtshof-de-alemania-sobre-las-reglas-de-moderacion-de-contenido/>).

¹⁹ S. Zuboff, *La era del capitalismo de la vigilancia*, cit. *passim*.

²⁰ *Ibid.*, p. 443 ss. Tal y como plantea la cuestión la profesora Zuboff no hay que ver este derecho como una manifestación más de esa tendencia inflacionaria que la categoría sufre por muy diferentes motivos. Por el contrario, lo asocia al concepto primigenio de derecho que irrumpe con un contenido concreto cuando hay que proteger una esfera de la autonomía individual que pasa a estar en peligro. Por señalarlo con sus palabras: «La capacidad de hablar es elemental. Sin embargo, el concepto de libertad de expresión como derecho formal no surgió hasta que la sociedad hubo evolucionado hasta tal grado de complejidad política que la libertad de hablar y expresarse pasó a estar en peligro». Y continúa (p. 447): «nos enfrentamos ahora a un momento de la historia en el que un elemental derecho al tiempo futuro corre peligro de desaparecer en manos de una arquitectura digital ‘paninvasiva’ de modificación conductual manejada por el capital de la vigilancia».

²¹ *Ibid.*, p. 26: «Del mismo modo que la civilización industrial floreció a expensas de la naturaleza y amenaza con costarnos a todos la Tierra misma, una civilización informacional modelada por el capitalismo de la vigilancia y su nuevo poder instrumental prosperará a costa de la naturaleza humana y amenaza con costarnos nuestra humanidad misma».

Información, desinformación y pandemia

La Comisión insta a las plataformas a intensificar significativamente sus esfuerzos para combatir la desinformación en línea. Asimismo, considera que la autorregulación puede contribuir a estos esfuerzos, siempre y cuando se implemente de forma eficaz y se supervise.

Y en el plano normativo se la acompaña de la palabra corregulación. El Considerando nº 14 de la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), indica:

La autorregulación constituye un tipo de iniciativa voluntaria que permite a los operadores económicos, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales y asociaciones en general adoptar directrices entre sí y para sí. Son responsables del desarrollo de estas directrices, así como del seguimiento y aplicación de su cumplimiento. Los Estados miembros deben, con arreglo a sus respectivas tradiciones jurídicas, reconocer el cometido que puede desempeñar la autorregulación efectiva como complemento de los mecanismos legislativos, judiciales y administrativos vigentes y su valiosa contribución con vistas a la consecución de los objetivos de la Directiva 2010/13/UE. No obstante, si bien la autorregulación puede ser un método complementario para aplicar ciertas disposiciones de la Directiva 2010/13/UE, en modo alguno puede sustituir a las obligaciones del poder legislativo nacional. La corregulación, en su mínima expresión, proporciona un “vínculo jurídico” entre la autorregulación y el poder legislativo nacional, con arreglo a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. En la corregulación, la función regulatoria se reparte entre las partes interesadas y el gobierno o las autoridades u organismos reguladores nacionales. La función de las autoridades públicas correspondientes incluye el reconocimiento del sistema de corregulación, el control de sus procesos y la financiación del sistema. La corregulación debe preservar la posibilidad de intervención estatal en el caso de que no se realicen sus objetivos. Sin perjuicio de las obligaciones formales de los Estados miembros en lo relativo a la incorporación a la legislación nacional, la Directiva 2010/13/UE anima a la utilización de la autorregulación y la corregulación. Esto no obliga a los Estados miembros a crear regímenes de autorregulación o corregulación, o ambos, ni afecta a las iniciativas de corregulación ya implantadas en los Estados miembros y que funcionan de forma efectiva o las pone en peligro.

El cambio es pues paulatino pero evidente y sigue su marcha cuando la Comisión Europea en su “Plan de Acción para la Democracia Europea” de 3

de diciembre de 2020²² postula una Ley de Servicios Digitales y un Código de Buenas Prácticas frente a la Desinformación, «como normas para garantizar que las plataformas tengan mayor responsabilidad a la hora de rendir cuentas sobre la forma en que moderan sus contenidos, publicidad y procesos algorítmicos»²³. Tal deseo ha adoptado ya una primera concreción con el proyecto de Reglamento europeo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y el concerniente a los mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales).

Esta estrategia debe, sin embargo, tener un nuevo punto de llegada si se considera el impacto de las plataformas en la vida cotidiana, la impronta con que marcan el espíritu de nuestro tiempo, brutalmente explícita durante la pandemia. A mi juicio, estas consideraciones así como las que se han hecho en las páginas precedentes sobre el poder que atesoran hacen que los ordenamientos hayan de ejercer su potestad de ordenación, una potestad tendencialmente completa por más que se atribuyan ámbitos de actuación autónomos a las compañías y que se puedan crear agencias independientes de verificación²⁴. El Estado necesitó ostentar el monopolio de la violencia legítima (Max Weber). Ninguna estructura podrá cumplir su función de mantenimiento del orden y consecución de la paz social a través de la garantía de los derechos fundamentales sin tener elementos suficientes de control de poderes con capacidades tan impresionantes como las que actualmente han alcanzado Google, Amazon, Facebook o Tiktok deconstruyendo conceptos constitucionales como libertad, propiedad, libertad de empresa, libertad de expresión,

²² [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri= CELEX:52020DC0790 &from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0790&from=EN).

²³ A. Peralta Gutiérrez, *La verdad no justifica la censura. El juicio comparado de derechos en materia de desinformación, seguridad nacional y libertad de expresión*, en *diariolaley*, 16/12/2020.

²⁴ «La Comisión Europea aboga, en efecto, por la creación de una “densa red de verificadores de datos firmes e independientes, que actúen basados en normas muy rigurosas, como el código de principios de la Red internacional de verificación de datos (International Fact Checking Network: <https://ifcncodeofprinciples.poynter.org/>)”»: cfr. M. Carlón Ruiz, *Veracidad v. Verdad. Información v. Desinformación. Algunas reflexiones al hilo del “Procedimiento de actuación contra la desinformación” aprobado el 6 de octubre de 2020*, en *Diario del Derecho - Iustel*, 19/11/2020. A ello apela la Comunicación de abril de 2018 (ap. 3.1.2) y en ello abunda la Comunicación del pasado junio, haciéndose eco de una iniciativa reciente al respecto del Observatorio Europeo de los Medios de Comunicación Digitales (EDMO) para crear una comunidad transfronteriza de verificadores independientes (<https://edmo.eu/>).

autorregulación. Mucho nos tememos que por más que en la pandemia se hayan avenido a luchar contra la desinformación²⁵, no sea suficiente²⁶.

3. Información, desinformación y pandemia

La pandemia ha exigido una restricción de la movilidad física de alcance global, circunstancia que ha supuesto seguramente cruzar definitivamente el rubicón hacia una nueva sociedad: la sociedad digital. La limitación de la libertad deambulatoria, en efecto, nos ha conducido sin remisión a internet, cuyo uso se ha incrementado de forma muy sustancial²⁷. La humanidad que conocemos no hubiera podido superar esta crisis sin su ayuda. La humanidad que se ha alumbrado se diferencia mucho de la que conocíamos. El aprovisionamiento de bienes de primera necesidad, la educación, la sanidad, el trabajo, las relaciones de amistad, de pareja, familiares han estado mediadas por plataformas, redes y, en última instancia, por las compañías tecnológicas que proporcionaban el servicio. Las autopistas de la información nos han sido más útiles que las calles por las que no hemos podido circular²⁸. Internauta es la cualidad que han tenido en común el estudiante, el paciente, el amigo, el amante. La conexión con el mundo se ha hecho a través de Google, Amazon, Facebook y el resto de las redes sociales. No ha habido apenas población que haya interactuado con el contexto sin la mediación de estas plataformas. Los usuarios exclusivos del teléfono fijo y la televisión analógica son la expresión de unas brechas que los adalides del progreso no tienen ningún interés por cerrar: las que perjudican a las clases más desfavorecidas o a los grupos poblacionales de mayor edad.

Así las cosas, la pandemia ha supuesto la victoria del modelo comunicativo propuesto por Google. Buscar información se ha convertido en acudir “al” buscador y recibir información no ha sido el resultado de la compra de un periódico elaborado por profesionales de la información claramente identificados a los que se pueden pedir responsabilidades. La nueva realidad comunicativa aboca a una enorme confusión provocada, sobre todo, por las búsquedas que los usuarios creen estar realizando espontánea-

²⁵ https://elpais.com/sociedad/2020/02/18/actualidad/1582053544_191857.html.

²⁶ F. Balaguer Callejón, *El impacto de los nuevos mediadores*, cit.

²⁷ <https://www.rtve.es/noticias/20201116/pandemia-dispara-uso-internet-millon-mas-usuarios-alcanza-953-hogares/2056607.shtml>.

²⁸ Y no son dominio público.

mente y el funcionamiento efectivo e implacable de reglas algorítmicas que sesgan lo que se les muestra en función de su perfil conductual²⁹. De esta manera, entre opinión e información no se aprecian las oportunas y cruciales diferencias³⁰.

Antes hemos apuntado brevemente que la realidad de la pandemia se construye socialmente. Esto es, la enorme fuerza coactiva de los poderes públicos y de los ordenamientos no bastaría para llevar a cabo actuaciones limitativas de los derechos que una amenaza a la salud pública requiere. Es necesario que se asuman de forma mayoritaria como legítimas estas medidas o de lo contrario sería imposible forzar su cumplimiento³¹. Solo un Estado total puede aplastar la rebelión generalizada. En ese caso, el constitucionalismo habría claudicado. La lucha contra la COVID ha colocado a la humanidad en un escenario inaudito ya que por vez primera las poblaciones han requerido – han creído a su alcance – saber qué ocurría, cuál ha sido el origen del virus, cómo habría que combatirlo. La necesidad de saber ha sido acuciante y no podía ser enteramente satisfecha porque todo ha discurrido con tanta rapidez que la ciencia, que requiere de unos tiempos propios – y lentos – para la verificación de sus hipótesis, no ha podido responder con la prontitud exigida por el usuario de las redes sociales acostumbrado al «ahora lo quiero, ahora lo tengo». Digamos entonces que este período ha sido completamente contraintuitivo para el internauta-tipo lo que es el contexto perfecto para que florezcan en el campo abonado por el desconcierto y la credulidad todo tipo de ideas, teorías, datos, pseudodatos³². Lo que la fe de cada cual quería encontrar estaba disponible en internet. Nada ha habido lo suficientemente disparatado para no encontrar acogida en el ciberespacio, presentado la más de las veces como

²⁹ Sobre esta cuestión es fundamental F. Balaguer Callejón, *La constitución del algoritmo*, cit., señala: «La creciente incompatibilidad entre la constitución y los algoritmos no es una cuestión técnica, sino una construcción ideológica compleja al servicio de un mayor beneficio de los grandes agentes globales de nuestra época. Reconstruir el orden requiere una ‘constitución del algoritmo’ en el sentido no sólo de una digitalización de la constitución, sino también de una constitucionalización de la tecnología, inteligencia artificial incluida, que la ponga al servicio de la sociedad y controle los intereses económicos de las grandes compañías».

³⁰ En la página 8 del Informe Pisa correspondiente al año 2018 se lee: «solo uno de cada diez estudiantes procedentes de los países de la OCDE parece saber distinguir entre hecho y opinión».

³¹ E. Guillén López, *Un pequeño ensayo sobre un gobierno de coalición gobernando en tiempos de incertidumbre*, en *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2021.

³² R. Salaverría, N. Buslón, F. López-Pan, B. León, I. López-Goñi, M. C. Erviti, *Desinformación en tiempos de pandemia: tipología de los bulos sobre la Covid-19*, en *El profesional de la información*, 29/2020.

información; escondidos los autores últimos que la diseminaban; reclamando para sí la legitimidad de los oprimidos injustamente por un sistema que lo quiere todo bajo su control para meter una nueva marcha a la transformación civilizatoria en curso. Una amalgama inmensa capaz de desestabilizar a un mundo muy inestable, muy frágil, sometido a tensiones que actualmente no son posibles de racionalizar. ¿Es posible que los poderes públicos no intervengan ante semejante panorama? Un Estado social y democrático de derecho (Art. 1.1 CE); una Unión fundamentada en «los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos» (Art. 2 TUE); una organización internacional profundamente adherida a las «libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen» (Preámbulo del CEDH), no pueden esquivar la responsabilidad que estos preceptos les imponen. A eso es a lo que se refiere Balaguer cuando se refiere a «recuperar la centralidad de la Constitución»³³ que hace que no sea una opción la inhibición en favor de una libertad natural, como aquella presocial que imperaba en el estado de naturaleza en la que el más fuerte imponía sus condiciones (que es la que se defiende por algunos sectores anarcolibertarios de forma paralela a como se ha esgrimido históricamente la libertad para combatir las medidas tuitivas del trabajador racionalizando el derecho de propiedad³⁴). Se trata, en cambio, de afirmar la libertad regulada por el derecho, que siempre ha sido un orden coercitivo y en el que por tanto la libertad no puede entenderse sino en el marco de un conjunto de relaciones establecidas por el ordenamiento de modo que quienes lo definen y garantizan tienen que tener unas potestades para la maximización de los derechos de todos. Esto último, desde luego, lleva a la redefinición del concepto de libertad y, mas específicamente, de neutralidad con el que tradicionalmente se ha abordado la relación entre poderes públicos y proceso comunicativo³⁵. De la misma manera que no se habla de la posición de neutralidad de los poderes públicos respecto de la seguridad ciudadana (dado que se entiende que la sociedad no tiene por sí

³³ *La Constitución en el tiempo de las redes sociales*, en M. Aragón Reyes, J. Jiménez Campo, C. Aguado Renedo, A. López Castillo, J. L. García Guerrero (dirs.), *La Constitución de los españoles: Estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarría*, Madrid, 2019.

³⁴ Cfr. como ejemplo, la STS Norteamericano *Lochner v. New York*, 198, U.S. 45 (1905).

³⁵ Cfr. 86/2017, de 4 de julio, FJ 5.a).

sola los mecanismos para defenderse frente al poder físico y los abusos que algunos de sus miembros son capaces de ejercer sobre otros) tampoco podría, quizás, hablarse de neutralidad en un espacio que está conformando la personalidad individual y social, operando en una situación que actualmente es de casi total impunidad.

Este es el sentido de la intervención de los poderes públicos que ya venían enviando señales de alerta ante un panorama que pasó de preocupante a amenazante y que obligó a acuñar un nuevo vocablo con el que poder hacer frente a los problemas generados: la desinformación, considerada como una amenaza grave a valores y derechos fundamentales consagrados en el Derecho de la UE. En especial, respecto de la libertad de expresión señala la Comisión en su Comunicación de abril de 2018 que la desinformación «menoscaba la libertad de expresión, un derecho fundamental consagrado en la CDFUE (art. 11)»³⁶. De tal forma se enfatiza una conexión tradicional entre la mencionada libertad, la información y la democracia de modo que la ésta puede quedar desvirtuada si el contexto comunicativo está falseado por la desinformación. En un esquema ideal opinión e información son conceptos secuenciados: el parecer debe suceder al saber. De lo contrario, el sinsentido, la simpleza, la demagogia, el populismo³⁷, prevalecerán hasta convertirse en un problema social capaz de acarrear graves consecuencias.

En definitiva, quienes han recibido la confianza de los ciudadanos para tutelar los derechos e intereses de las personas han llevado a cabo un proceso de análisis y diagnóstico tras el cual advierten que principios como la autorregulación y el de ausencia de responsabilidad editorial habían demostrado su insuficiencia³⁸. No es tarea fácil subvertirlos, desde luego, ni por las consecuencias que tendrían sobre el volumen de negocio de las compañías ni por las arraigadas convicciones que los amparan³⁹ pero lo que

³⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_3370.

³⁷ F. Balaguer Callejón, *Constitutional Interpretation and Populism. The case of Spain*, en Fruzsina Gárdos-Orosz, Zoltán Szenté (eds.), *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, London, 2021.

³⁸ Apunta también a la matización del principio de exención de responsabilidad editorial en la reciente normativa alemana sobre desinformación A. Abarca Cotoira, *Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático*, en *Revista de derecho político*, 109/2020, p. 139.

³⁹ En especial la ingenua teoría del mercado libre de las ideas a la que dio forma con brillantez Holmes, sin contar que esta teoría, como indica Louis Menand en su maravilloso libro sobre el Club que marcó la dirección intelectual del famoso juez, “sufre el defecto de todas las teorías de mercado: siempre hay elementos exógenos en juego que impiden que los

no puede ya soslayarse es que en cualquier caso la capacidad de autocontrol de las plataformas⁴⁰ debe moverse en el marco de lo que los poderes públicos, que cuentan con una legitimidad democrática de origen y pueden ser controlados con toda eficacia tanto política como jurídicamente, son los que han de tener la capacidad de actualizar el contenido de las libertades de opinión y de información, lo que significa también, *aggiornar* sus garantías y sus límites en las recientes sociedades digitales. Los principios son, por tanto, capacidad innovativa de quienes ejercen la potestad legislativa y reglamentaria; control político de las decisiones adoptadas; y posibilidad de control judicial individualizado de las medidas restrictivas de derechos. El control de la cuenta en una red social de un Presidente no puede quedar a resguardo de la ponderación de valores constitucionales que la misma se permita realizar⁴¹.

Los poderes públicos, pues, han de intervenir. La abstención es tan poco neutra como lo resultó la doctrina del *laissez faire* en el ámbito económico. La pandemia es un momento constitucional⁴² propicio.

4. Desinformación y estado de alarma en España

En nuestro país, la desinformación ha sido una preocupación desde el inicio de la crisis sanitaria⁴³. Entre la miríada de normas que esta ha generado se puede destacar a estos efectos la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de

mercados sean verdaderamente competitivos”. Cfr. L. Menand, *El club de los Metafísicos. Historia de las ideas en América*, Barcelona, 2002, p. 435.

⁴⁰ Dicho sea de paso, una de las enseñanzas del constitucionalismo es que no hay que confiar ni en los poderes neutros ni en el autocontrol.

⁴¹ Aba Catoira, *Los desórdenes informativos*, cit., p. 137: «Facebook retiró de la página de Trump un video de una entrevista en la cadena Fox News en la que el Presidente norteamericano afirma que los niños son ‘casi inmunes’ al coronavirus, una aseveración que la red social calificó de ‘desinformación dañina sobre covid’». ¿Lo hará también con Biden si en algún momento desliza que el virus pudo ser creado en China?

⁴² En el sentido de B. Ackerman, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, 1988.

⁴³ Ya antes, desde luego, había sido objeto de atención por ejemplo por el Centro Criptológico Nacional que elaboró un informe con el título “Desinformación en el ciberespacio” (CCN-CERT, 2019) en febrero de 2019 (<https://www.ccn-cert.cni.es/informes/informes-ccn-cert-publicos/3552-ccn-cert-bp-13-desinformacion-en-el-ciberespacio-1/file.html>). Sobre el Centro Criptológico Nacional, cfr. J. F. Sánchez Barrilao, *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional. El CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Madrid, 2018, esp. p. 104 ss.

marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que señala:

Cuarto. 8. [...] Por parte de los Cuerpos policiales actuantes y los centros competentes de la Secretaría de Estado de Seguridad se impartirán directrices para prevenir y minimizar los efectos de la desinformación, extremándose la vigilancia y monitorización de las redes y páginas web en las que se difundan mensajes e informaciones falsas orientadas a incrementar el estrés social, e instando en su caso las medidas de intervención previstas en la legislación aplicable.

De la activación de los planes y dispositivos correspondientes, así como de sus resultados e incidencias, se informará a la Secretaría de Estado de Seguridad conforme a lo previsto en el apartado primero, letra b) de la instrucción sexta, sin perjuicio de las comunicaciones que se deban mantener a nivel territorial.

Las dificultades para determinar el contenido preciso de expresiones como “estrés social”, habilitantes para una intervención “monitorizadora” de las redes⁴⁴, levantaron unas suspicacias que se incrementaron cuando el CIS incluyó en su barómetro de abril la pregunta:

¿Cree Ud. que en estos momentos habría que prohibir la difusión de bulos e informaciones engañosas y poco fundamentadas por las redes y los medios de comunicación social, remitiendo toda la información sobre la pandemia a fuentes oficiales, o cree que hay que mantener libertad total para la difusión de noticias e informaciones?⁴⁵

Ciertamente la narrativa que hace de estos dos episodios claves de una habilitación al gobierno para reprimir discursos disidentes es inapropiada⁴⁶.

⁴⁴ En un contexto además en el que el Gobierno era contestado en su misma legitimidad por algunos sectores. Cfr. E. Guillén López, *Un pequeño ensayo sobre un gobierno de coalición gobernando en tiempos de incertidumbre*, cit.

⁴⁵ Las respuestas fueron: “Cree que habría que restringir y controlar las informaciones, estableciendo sólo una fuente oficial de información” 66,7; “Cree que no debe restringirse ni prohibirse ningún tipo de información” 30,8; “No lo sabe, duda” 2,0; “N.C.” 0,5; (N). 3.000. Cfr. http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3260_3279/3279/es3279mar.pdf.

⁴⁶ Otra pieza que contribuyó a la ceremonia de la confusión fue, como recuerda M. Azpitarte, la declaración del Jefe del Estado Mayor de la Guardia Civil en la que asumía que le correspondía al Cuerpo: «por un lado, evitar el estrés social que producen estos bulos y, por otro, minimizar el clima contrario a la gestión de crisis por parte del Gobierno»: cfr. M. Azpitarte Sánchez, *Coronavirus y derecho constitucional. Crónica política y legislativa del año 2020*, en *Revista española de derecho constitucional*, 121/2021, p. 126.

Información, desinformación y pandemia

Antes bien – más allá de lo profundamente improcedente de la pregunta del CIS – lo que traduce la Orden INT/226/2020 es la necesidad de intervenir en el sentido que se ha señalado anteriormente. Se trata de una iniciativa que no se aparta del espíritu de lo que el Parlamento Europeo aprobaría unos pocos meses después. En efecto, en la “Resolución de 25 de noviembre de 2020, sobre el refuerzo de la libertad de los medios de comunicación: protección de los periodistas en Europa, discurso del odio, desinformación y papel de las plataformas” se incluyen pasajes como:

36. [...] en el futuro, la lucha contra la injerencia de terceros será un factor fundamental para defender la democracia y los valores europeos; subraya que, en el contexto de la situación de emergencia de la COVID-19, la desinformación y las noticias sensacionalistas de los medios de comunicación relacionadas con la pandemia también han sido utilizadas por grupos y políticos de extrema derecha y populistas para atacar a grupos minoritarios y contribuir a la retórica contraria a la inmigración, lo que ha llevado a un aumento de los episodios de discurso del odio racista y xenófobo, así como de la discriminación.

El contexto crítico en el que nos encontramos y las capacidades desestabilizadoras de la desinformación son también resaltadas por la Orden PCM/1028/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional por el que se aprueba el procedimiento para la elaboración de la Estrategia de Seguridad Nacional 2021, que establece en su Exposición de Motivos:

En 2020 la crisis del coronavirus ha supuesto un antes y un después en el contexto estratégico internacional y una emergencia nacional sanitaria, económica y social sin precedentes, requiriendo una revisión de la Estrategia de Seguridad Nacional que refleje el nuevo panorama de seguridad y de respuesta a las vulnerabilidades expuestas por la crisis.

Se trata de la primera gran crisis desde la Segunda Guerra Mundial, que se ha visto exacerbada por el uso perverso de la desinformación por parte de actores tanto estatales como no estatales, con objeto de minar nuestras instituciones y alentar la polarización social, haciendo necesaria la puesta en marcha de mecanismos de lucha contra esta amenaza.

Precisamente el mismo día en que se aprueba esta última Orden lo hace también la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional, que va a ser objeto de algunas consideraciones en las páginas que siguen.

5. La orden PCM/1030/2020, DE 30 de Octubre, por la que se publica el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional

Efectivamente este es el contexto desde el que valorar la orden PCM/1030/2020⁴⁷ que publica un procedimiento que el Consejo de Seguridad Nacional aprueba al hilo de la habilitación concedida por el artículo 21.1.h) de la Ley 36/2015 de Seguridad Nacional⁴⁸.

A lo primero que se apresta la Orden es a definir un contexto que oscila entre tres polos fundamentales: Ciudadanía/democracia, UE e Infodemia. En cualquier caso se resalta su naturaleza obligada; se justifica como una exigencia impuesta por la observancia de un principio (la democracia), en el marco diseñado por una organización supranacional (la UE)⁴⁹ y para una

⁴⁷ El Tribunal Supremo (Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) acaba de dictar una sentencia con fecha de 18 de octubre de 2021 desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden PCM/1030/2020, declarando así su conformidad a Derecho.

⁴⁸ A estos efectos cabe plantear una primera duda ya que este órgano tiene atribuida en su condición de Comisión Delegada del Gobierno para la Seguridad Nacional, la función de acordar la creación y el fortalecimiento de los órganos de apoyo necesarios para el desempeño de sus funciones. Manifestaciones de la misma son las Ordenes PRA/32/2018, de 22 Ene. (Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se regula el Comité Especializado de Situación); PRA/31/2018, de 22 Ene. (Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se regula el Comité Especializado de Inmigración); PCM/219/2020 de 13 Mar. (Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, que crea y regula el Comité Especializado contra el Terrorismo); PRA/29/2018, de 22 Ene. (Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se crea y regula el Comité Especializado de no proliferación de armas de destrucción masiva). La que ahora se sigue escapa a esta lógica salvo que se considere que su función principal es la de la creación de la Comisión Permanente contra la desinformación.

⁴⁹ El punto 5 del Anejo se dedica íntegramente a la Gestión en el marco de la Unión Europea. Hay que dejar constancia de la respuesta que con fecha de 15 de febrero de 2021 dio la Comisión a una Pregunta con solicitud de respuesta escrita elevada por Doña Maite Pagazaurtundúa: “La Comisión ha analizado la Orden ministerial y ha concluido que actualiza el sistema español existente para prevenir, detectar y responder a las campañas de desinformación y para establecer estructuras de coordinación. La Comisión entiende que la Orden ministerial no constituye una base jurídica para decidir sobre el contenido de la información facilitada por los medios de comunicación. A juicio de la Comisión, el Comité Permanente se encarga de supervisar y evaluar las campañas de desinformación en línea, investigar su origen y determinar si el caso debe elevarse al Consejo de Seguridad Nacional para que se adopte una respuesta política, como actuaciones diplomáticas o medidas de

circunstancia que pone gravemente en jaque nuestra convivencia (la epidemia)

El paradigma de inicio es ciertamente el de la necesidad de garantizar el acceso a la información veraz como sustento de las sociedades democráticas⁵⁰. La Orden se autopresenta así como una respuesta a una demanda ciudadana que el Eurobarómetro refleja y de la que deduce, correctamente, como hemos tenido la ocasión de observar, que los poderes públicos han de marcar la pauta. Hoy son mayores los riesgos para la democracia y la libertad de expresión provocados por la desinformación que los que puedan correrse por la intervención de los poderes públicos en estados constitucionales para combatirla⁵¹. Se trae así a colación el Plan de Acción para la lucha contra la desinformación elaborado por la Comisión Europea y el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE)⁵². Por último se refleja la

represalia cuando el autor sea un Estado extranjero. Esta labor es responsabilidad del Gobierno central y está en consonancia con el Plan de Acción contra la Desinformación de 2018, en el que se pedía a los Estados miembros que reforzaran sus capacidades en la lucha contra la desinformación” (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-006087-ASW_ES.html).

⁵⁰ Una precisión hay que hacer sobre el papel que juega en la Orden el concepto de seguridad. De una parte hay que decir que pese a que sea una Orden dictada por el Consejo de Seguridad Nacional, aparece solo marginalmente en la definición del contexto y solo de forma frontal al establecer el entramado orgánico (que comienza con el CSN), para adquirir un franco protagonismo cuando se indica al contemplar los niveles que: “El procedimiento establece cuatro niveles diferentes de activación que sirven tanto para detección de campañas de desinformación y su análisis ante unos posibles impactos en la Seguridad Nacional“. De esta forma comparece con toda su fuerza un concepto de cuyo papel en la respuesta que se articule no se puede dudar ya que, como se ha advertido, el mismo día en que se aprueba la Orden de desinformación, el CSN aprueba el procedimiento para la elaboración de la Estrategia de Seguridad Nacional 2021, cuya necesidad se acredita en la Exposición de Motivos de la Orden por referencia específica a la desinformación. Así las cosas, podría señalarse la conveniencia de que la Orden de desinformación hubiera recogido con más sustantividad el concepto de seguridad ya que de cualquier modo una interpretación sistemática de las disposiciones que estamos trabajando nos conduce a él. Podría aventurarse que su no invocación frontal trataría de evitar centrar de inmediato la atención en torno al tradicional dilema (con vencedor anunciado) libertad vs. seguridad. Deberíamos, sin embargo dejar constancia de su inequívoca raigambre constitucional cuyo desarrollo queda a resguardo de lo que el legislador ha establecido en forma plenamente ajustada a la diversidad de matices que en la actualidad presenta, con el paradigma interpretativo que en el ámbito internacional supone el concepto de seguridad humana.

⁵¹ Se entiende así la conclusión de la Plataforma en defensa de la Libertad de Información al analizar esta Orden: <http://libertadinformacion.cc/2020-otro-mal-ano-para-la-libertad-de-expresion-en-espana/>.

⁵² Aprobado por el Consejo Europeo de los días 13 y 14 de diciembre de 2018.

valoración de la Comisión según la cual la epidemia de la Covid-19 supone una «infodemia sin precedentes».

Así las cosas, la Orden se concibe como un «reajuste»⁵³; no como un nuevo diseño del marco normativo. Sedicentemente se queda como una, «revisión» que tiene entre sus objetos que las estructuras orgánicas elaboren “Propuestas de Estrategia Nacional de lucha contra la desinformación”. Si bien se piensa, lo que realiza la Orden es una reconceptualización de este contexto conforme a las nuevas coordenadas, narrativa que requiere también, al efecto, de unos órganos, objetivos y actuaciones adecuados.

Es la estructura orgánica la que recibe una atención más precisa, constituyendo de hecho el primero de los objetivos del procedimiento configurado en la Orden⁵⁴. Una pieza clave es, pues, este entramado constituido, según refiere la misma en el punto 3 de su Anejo, por el Consejo de Seguridad Nacional; el Comité de Situación; la Secretaría de Estado de Comunicación; la Comisión Permanente contra la desinformación; las Autoridades públicas competentes (Secretaría de Estado de Comunicación; Presidencia del Gobierno (DSN); Centro Nacional de Inteligencia; Gabinetes de comunicación de Ministerios, y otros organismos relevantes) y finalmente al sector privado y la sociedad civil⁵⁵.

El camino lo andará esta estructura orgánica, ya conocida, por lo demás, salvo en un elemento de carácter contingente⁵⁶ y una nueva pieza, la Comisión Permanente contra la desinformación a la que «corresponde asistir a los

⁵³ «Esta situación sugiere la necesidad de un reajuste de este marco de actuación y, a tal efecto, se desarrolla la actualización de este procedimiento, que ha servido de base para la creación de un Sistema Nacional para la prevención, detección, alerta, seguimiento y respuesta cuyas causas, medio y/o consecuencias están relacionadas con la desinformación».

⁵⁴ «Por todo ello, se establecen los siguientes objetivos para este procedimiento: – Identificar y definir los órganos, organismos y autoridades del sistema».

⁵⁵ Respecto del sector privado y la sociedad civil se establece: «Los medios de comunicación, las plataformas digitales, el mundo académico, el sector tecnológico, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad en general juegan un papel esencial en la lucha contra la desinformación, con acciones como la identificación y no contribución a su difusión, la promoción de actividades de concienciación y la formación o el desarrollo herramientas para su evitar su propagación en el entorno digital, entre otras. En este sentido, las autoridades competentes podrán solicitar la colaboración de aquellas organizaciones o personas cuya contribución se considere oportuna y relevante en el marco de la lucha contra el fenómeno de la desinformación». Se trata de una estrategia que ya viene siendo común en las llamadas comunidad y cultura de inteligencia que han sido configuradas dogmáticamente por J. F. Sánchez Barrilao, *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional*, cit., p. 11 ss.

⁵⁶ La que recibe la denominación de Célula de Coordinación de lucha contra la desinformación activada ad hoc por el Director del Departamento de Seguridad Nacional.

organismos anteriormente mencionados sobre aspectos relativos a la valoración técnica y operativa de posibles campañas de desinformación»⁵⁷. Esta formulación podría inducir a pensar que se trata del órgano que asume la mayor responsabilidad en la detección de los riesgos y amenazas, indicando cómo procedería, en su caso, actuar. Puede que resulte una interpretación no totalmente cierta cuando se lee con detenimiento el Anexo II “Funcionamiento y modo de actuación de la comisión permanente contra la desinformación” que atribuye a este órgano, coordinado por la Secretaría de Estado de Comunicación, funciones como la de apoyar a la misma en materia de lucha contra la desinformación, intervenir en la evaluación de riesgos y amenazas y formular recomendaciones y propuestas (en especial, la Estrategia Nacional de Lucha contra la Desinformación)⁵⁸.

No cabe, entonces, duda de que el órgano en torno al cual pivota toda la estructura es la Secretaría de Estado de Comunicación. Tal y como se establece expresamente en la Orden se le atribuye la responsabilidad «de la coordinación de la política informativa del Gobierno y de la elaboración de los criterios para su determinación, así como del impulso y de la coordinación de la política de comunicación institucional del Estado, por otro lado, es la responsable de la gestión de la comunicación en situaciones de crisis y punto único de contacto con la Unión Europea en el ámbito de la lucha contra la desinformación». De otro lado si se leen las previsiones que el Anexo I contempla respecto de los Niveles, en el 3 – una vez constatada una crisis – y en el 4 – crisis imputada a un tercer Estado – se le presume su

⁵⁷ En la Resolución 109/2021 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se le incluye correctamente entre los «órganos de apoyo político y técnico – órganos staff en la terminología administrativa». Que no se conciba como órgano colegiado en los términos de los artículos 15 y siguientes de la Ley 40/2015 supone que no existe obligación legal de elaborar actas de las reuniones que mantienen, razón por la que desestima la petición que en este sentido se presentó ante el Consejo.

⁵⁸ La composición concreta de la misma no se especifica lo que ha dado lugar a una petición de información en ese sentido ante el Consejo de Transparencia que en la Resolución 106/2021 la desestima considerando que «(i) la mencionada Orden por la que se publica el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional, determina los organismos y organismos que componen la Comisión Permanente – con responsabilidades operativas en este ámbito –, pero no los altos cargos u otros miembros que representen a esos organismos, a excepción del Director del Departamento de Seguridad Nacional (por parte de la Presidencia del Gobierno) que preside la Comisión de forma ordinaria; y, (ii) que estos organismos que componen la Comisión Permanente son los que designan, para cada nivel, el órgano u organismo de su ámbito de competencia que les represente, lo cual implica que se confiere también la competencia para determinar, a su vez, la persona que en cada caso les represente».

responsabilidad en la orquestación de lo que se denomina Campaña de Comunicación Estratégica. Ciertamente estas dos situaciones muestran que el Procedimiento tiene como base una posible afectación de la seguridad nacional, concepto que figura un tanto escamoteado a lo largo de todo el articulado pero que irrumpe con toda su fuerza en aquel apartado que está más cerca de concretar ámbitos de actuación. Así el inciso con el que se inaugura el punto 4, “Niveles” reza:

El procedimiento establece cuatro niveles diferentes de activación que sirven tanto para detección de campañas de desinformación y su análisis ante unos posibles impactos en la Seguridad Nacional como para el apoyo en la gestión de situaciones de crisis donde pudiera haber una afectación derivada de dichas campañas.

El hecho de que el principal valor constitucional afectado sea la seguridad nacional se convierte en la razón por la cual el organigrama bascula en torno al Gobierno⁵⁹ como órgano director de la misma conforme a la Ley de Seguridad Nacional⁶⁰.

Por lo que se refiere a las posibles respuestas que este entramado orgánico puede aportar en la lucha contra la desinformación (el para qué del procedimiento) la orden lleva a cabo una articulación en 4 niveles en los que los conceptos rectores son «detección», «análisis» y «apoyo». Más allá de los mismos no hay atribución competencial específica ni una previsión de infracciones con el correspondiente régimen sancionatorio. No concurre, pues, alteración alguna de lo que las disposiciones establecen. Así se deben concebir incluso las que aparecen como capacidades más incisivas⁶¹.

⁵⁹ Cfr. en un sentido crítico, V. Vázquez, en *Agenda Pública* (<https://agendapublica.es/la-comision-contra-la-desinformacion-y-la-imposible-neutralidad-del-gobierno/>).

⁶⁰ Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional: «Artículo 4. Política de Seguridad Nacional. 1. La Política de Seguridad Nacional es una política pública en la que bajo la dirección del Presidente del Gobierno y la responsabilidad del Gobierno, participan todas las Administraciones Públicas, de acuerdo con sus respectivas competencias, y la sociedad en general, para responder a las necesidades de la Seguridad Nacional. 2. Los principios básicos que orientarán la política de Seguridad Nacional son la unidad de acción, anticipación, prevención, eficiencia, sostenibilidad en el uso de los recursos, capacidad de resistencia y recuperación, coordinación y colaboración». No deben dejarse de lado las reflexiones de C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 331: «No hay ninguna regulación constitucional en ninguna Constitución de la tierra que pueda regular normativamente con los caracteres de una ordenación cerrada de procedimiento, la cuestión de la dirección política».

⁶¹ Según el punto 4 del Anejo en el Nivel 3 cabe adoptar decisiones y marcar «objetivos de carácter político-estratégico con el objeto de hacer frente a una campaña de desinformación».

La Orden finaliza en su punto 6 estableciendo:

El procedimiento descrito debe ser probado y entrenado, tanto en ejercicios nacionales como en ejercicios y simulacros realizados conjuntamente con otros países e instituciones de la Unión Europea.

La puesta en práctica de este procedimiento permitirá su mejora y adaptación a la evolución de las campañas de desinformación, incluyendo el establecimiento de un sistema de lecciones aprendidas.

No puede dejarse de mostrar una cierta extrañeza por los términos escogidos ya que “aprobar” no es “probar” ni “entrenar”. Pero es reveladora la inclusión de estas fórmulas conclusivas porque refuerzan la idea del carácter experimental de la Orden; de que su último sentido es incluir una perspectiva hegemónica alternativa a la autorregulación, reivindicar, en definitiva, una capacidad de acción pública en el panorama informativo que está por definir ante la velocidad a la que se suceden los acontecimientos (“lecciones aprendidas”). Entrenamientos, simulacros, son, sin duda, palabras pertenecientes al lenguaje bélico⁶².

Demasiadas lógicas, excesivos sobreentendidos coinciden aquí. ¿Podremos pisar tierra firme con el concepto de “desinformación”? Como intentaremos demostrar, no, si se parte solo de una definición abstracta elaborada sin considerar la transformación radical que internet ha llevado a cabo en el modelo comunicativo.

6. La desinformación. Problemas de principio: el ruido y la furia

En el 4 el nivel de abstracción es muy alto: «Nivel de gestión política en el marco del sistema de seguridad nacional». En el Anexo I hay un intento de precisión de los niveles de modo que en el 3 se señala como función la «Gestión estratégica y política de los aspectos de la crisis, y adopción de medidas con arreglo al marco para una respuesta conjunta» mientras que en el 4 se indica Gestión política de la respuesta a una crisis, y adopción de medidas en el caso de atribución pública a un tercer Estado de una campaña de desinformación.

⁶² W. Davies, *Estados nerviosos*, cit., p. 284: «En la actualidad nuestra vida cotidiana está estructurada a través de técnicas de inteligencia que inicialmente se desarrollaron para planear y arrostrar ataques nucleares. El resultado es que, si bien algunos aspectos de nuestras vidas se vuelven más obedientes a nuestros caprichos personales, la posibilidad de un consenso pacífico parece estar disipándose. Mientras tanto, la capacidad de movilizar a la gente de un modo casi militar ha alcanzado cotas tecnológicas insospechadas. Una de las consecuencias de esto es que el debate político, en especial cuando mayormente tiene lugar en internet, ha acabado pareciéndose más a un conflicto».

Pero volvamos al inicio, a recordar algunos elementos del contexto que la Orden solo recoge fragmentariamente. Una de las aspiraciones colectivas más acendradas es la de tener información, conocimiento. Nuestra sociedad quiere, en esto, ser ilustrada⁶³. Pero la cantidad y la calidad de información de la que actualmente se dispone está muy lejos de poder ser digerida⁶⁴. Solo a través de la mediación de los agentes de la sociedad digital, especialmente Google y Facebook, interactuamos con datos y opiniones. Y en este ciberuniverso no tiene sentido en puridad hablar de información si algo hay de verdad en este párrafo de Pasquale que Zuboff recoge en su contundente obra:

las decisiones del Googleplex se toman a puerta cerrada [...], el poder de incluir, excluir y clasificar es también el poder de decidir qué impresiones públicas se vuelven permanentes y cuáles serán solamente pasajeras [...] Pese a proclamarse adalides de la objetividad y de la neutralidad, lo cierto es que continuamente toman decisiones controvertidas, cargadas de valores. Ayudan a crear el mundo que ellas aseguran que solo se limitan a “mostrarnos”⁶⁵.

Así las cosas podría concluirse que un programa jurídico-político que no conteste con radicalidad este estado de cosas – que no desmonetarice la información, en definitiva, de modo que no se generen artificialmente estímulos que lleven a las personas a proyectarse continuamente en el entorno digital, rechazando rasgos que la humanidad había considerado definitorios (como la intimidad) –⁶⁶, a lo más que puede aspirar es a

⁶³ Respecto de los pensadores de la Ilustración señala I. Berlin *Las raíces del romanticismo*, Barcelona, 2014, p. 56: «Lo que es común a todos estos pensadores es la noción de que la virtud reside, en definitiva en el conocimiento; de que si sabemos lo que somos y lo que necesitamos, y sabemos dónde obtenerlo, y lo hacemos por los mejores medios a nuestra disposición, podemos llevar una vida feliz, virtuosa, justa, libre y satisfactoria».

⁶⁴ Incluso la que es completamente necesaria para andar sin tentarse la ropa como la que tiene que ver con las cláusulas de privacidad: cfr. S. Zuboff, *La era del capitalismo de la vigilancia*, cit., pp. 74-75. La referencia a la cantidad se establece con relevancia en la definición de infodemia que maneja la OMS: «una cantidad excesiva de información sobre un problema, lo que dificulta la identificación de una solución efectiva de salud pública y crea confusión y desconfianza entre las personas» (<https://www.who.int/es/news/item/23-09-2020-managing-the-covid-19-infodemic-promoting-healthy-behaviours-and-mitigating-the-harm-from-misinformation-and-disinformation>).

⁶⁵ S. Zuboff, *La era del capitalismo de la vigilancia*, cit., pp. 256-257.

⁶⁶ Iniciativa *revolucionaria* a la que se adhiere el “Plan de Acción para la Democracia Europea” en su propuesta de reforzar el Código de Buenas Prácticas de la Unión en materia de desinformación.

detectar y a ensayar una forma de mantener bajo un control relativo los desórdenes informativos⁶⁷.

Y aun en este limitado propósito tiene todas las de perder si la estrategia no se concibe bajo los signos de la flexibilidad y capacidad de adaptación⁶⁸ ya que debe saber que los actores de la desinformación, los canales a través de los que operan, y los objetivos que persiguen quienes la diseminan no son constantes. En un remedo del lenguaje de otros tiempos podría decirse que se está llevando a cabo una revolución permanente y que la prosa de los poderes públicos, que por definición ha de ser precisa, corre enseguida

⁶⁷ Una menesterosa vía se abre para el Parlamento Europeo con la (Resolución de 25 de noviembre de 2020, sobre el refuerzo de la libertad de los medios de comunicación: protección de los periodistas en Europa, discurso del odio, desinformación y papel de las plataformas (2020/2009(INI)) pero mucho parece confiar en un sistema que apenas puede cumplir con sus cometidos tradicionales para abordar retos de tamaño envergadura, para volver a trenzar los mimbres de la unidad y la pluralidad. A día de hoy la referencia a la educación, a la alfabetización informativa, parece melancolía. Seguramente tenga mucho más sentido apoyar a los medios de acreditada profesionalidad, tal y como se deduce del Considerando AB 3 cuando se solicita a la Comisión y a los Estados Miembros: «que promuevan medidas sostenibles destinadas a financiar y apoyar un periodismo independiente y de calidad». A la alfabetización mediática ya se refería la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), que indica en el Artículo 33 bis: «1. Los Estados miembros promoverán y tomarán medidas para el desarrollo de las capacidades de alfabetización mediática. 2. A más tardar el 19 de diciembre de 2022, y posteriormente cada tres años, los Estados miembros informarán a la Comisión acerca de la aplicación del apartado 1. 3. La Comisión, previa consulta al Comité de contacto, emitirá orientaciones sobre el ámbito de esos informes». En el Considerando nº 59 de la Directiva se señala que: «La ‘alfabetización mediática’ abarca las competencias, los conocimientos y las capacidades de comprensión que permiten a los ciudadanos utilizar con eficacia y seguridad los medios. A fin de que los ciudadanos puedan acceder a la información y utilizar, analizar de manera crítica y crear contenidos mediáticos de un modo responsable y seguro, los ciudadanos deben poseer capacidades de alfabetización mediática avanzadas. La alfabetización mediática no debe limitarse al aprendizaje de herramientas y tecnologías, sino que también debe tener el fin de aportar a los ciudadanos el pensamiento crítico necesario para discernir, analizar realidades complejas y reconocer la diferencia entre opiniones y hechos. Por consiguiente, es necesario que tanto los prestadores de servicios de comunicación como los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos, en cooperación con todas las partes interesadas, promuevan el desarrollo de la alfabetización mediática en todos los sectores de la sociedad para los ciudadanos de todas las edades y para todos los medios y que se sigan de cerca los avances a ese respecto».

⁶⁸ En los mecanismos para el intercambio de información que respecto de los niveles 1 y 2 se prevén en el Anexo I se lee: «A través de medios donde prime la agilidad e inmediatez y/o herramientas para el intercambio de información que garanticen la confidencialidad, integridad y autenticidad de la misma».

el riesgo de quedarse anquilosada. La desinformación es la realidad de nuestro tiempo, una nueva realidad en la que hoy brilla por su ausencia hasta el elemento primordial: una «metodología para la identificación, análisis y gestión de eventos desinformativos» (que figura como el objetivo número 6 del procedimiento que se aprueba por la Orden).

Esta es la razón por la que cualquier concepto de desinformación, concebido como desviación de la regla, resulte extraño, inexcusablemente ambiguo, y de una difícil operatividad. Apoyar toda la Orden en el mismo es un intento voluntarioso pero está lejos de ser, por sí solo, resolutorio.

En efecto, podemos convenir que la desinformación es el gran reto que supone para toda la ordenación jurídica del espacio comunicativo. Pero cuesta trabajo deducir de aquí que, en un entorno en el que la información solo es accesible a través de los motores de búsqueda que controlan la red, se puedan categorizar con eficacia aquellos eventos desinformativos de carácter lesivo. Los críticos de este procedimiento le piden a la Orden que aisle las variables para que los ciudadanos sepan cuando se está ante desinformación y que se definan expresiones como «campañas de desinformación»⁶⁹. Puede que esto sea un lamento nostálgico por un tiempo que no volverá. La intervención pública que se ha venido reclamando en todas estas páginas no significa ceder ante la fuerza normativa de lo (ciber)fáctico. Lo que se indica con todas las cautelas es que no parece posible que una norma, cualquiera que sea su rango, pueda avanzar más de lo que lo hace la Orden que comentamos⁷⁰.

La Orden recoge el concepto de desinformación elaborado por la Comisión Europea de la siguiente manera:

la Comisión Europea define la desinformación como la “información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público”, e incluye en este perjuicio público las amenazas a los procesos democráticos y a bienes públicos tales como la salud, el medio ambiente o la seguridad, entre otros⁷¹.

⁶⁹ V. Vázquez, *Agenda Pública*, cit.

⁷⁰ Corresponderá entonces a la función jurisdiccional la capacidad de trabajar sobre los intersticios y llevar a cabo esa labor de reconstrucción fragmentaria que le es propia. Cfr. F. Balaguer Callejón, *Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional*, en *Revista de derecho constitucional europeo*, 1/2004, p. 25 ss.

⁷¹ Se trata de una definición básicamente consensuada. Cfr. “La Declaración conjunta de 2017 sobre Libertad de Expresión y Noticias Falsas, Desinformación y Propaganda”, adoptada

En la definición el primer elemento a considerar se refiere a la falsedad del mensaje lo que nos conduce a la cuestión del parámetro con el que juzgarlo (verificación). En este sentido tendríamos que hacer una diferencia en función del ámbito en el que se integre, de modo que si se trata de una proposición que una rama de la ciencia considera propia de su dominio será el estado de la cuestión el que opere como paradigma. El terraplanismo no gozará de ningún crédito desde este punto de vista. Será información verificablemente falsa. Más complicaciones se presentan respecto de proposiciones respecto de las cuales el consenso científico no es absoluto. Seguramente procede aquí recordar que la ciencia progresa también a base de revoluciones (Thomas Khun) lo que implica que la idea finalmente triunfante tuvo que enfrentarse a la oposición, evidentemente general, del paradigma que la rechazaba. El método científico no puede olvidar el “episodio Copérnico” consolándose en que es agua pasada, el producto propio de un sociedad teísta; ni perder de vista que la frenología o el racismo fueron en su tiempo vanguardia de la ciencia. O soslayar que solo en 1990 la OMS dejó de considerar la homosexualidad como una enfermedad. Resulta, a mi juicio, pues, evidente que la falsedad o certeza de una información que verse sobre aspectos científicamente sometidos a discusión no es una cuestión sobre la que pueda haber ningún tipo de tutela pública más allá de la que supone la verificación de la que se cuenta con la competencia profesional para intervenir. El debate, sobre la eficacia de la mezcla de hidrocloroquina y azitromicina para tratar el Covid puede situarse en el tejado de la discrepancia científica y hay que contar con que probablemente tarde bastante tiempo en saldarse de forma definitiva⁷².

el 3 de marzo de 2017, por la ONU, la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y la Comisión Africana de Derechos Humanos (<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21287&LangID=E>).

⁷² Si hay un estudio realizado bajo parámetros científicos que afirma su eficacia y es publicado como tal en una revista de referencia figurará en las bases de datos de las que dispone internet. Las consecuencias del error que se haya podido cometer al verificar la hipótesis o las repercusiones de que por alguna circunstancia esa información médica falsable se haga viral y supongan el desabastecimiento de ciertos medicamentos (con el problema que esto supone para tratar otras afecciones) o la misma muerte de personas que se automedican muestran que el problema es el medio. Internet es una inmensa cacofonía. En la historia de la humanidad los contactos entre las personas eran muy reducidos. Solo a muy pocas se les contaban los problemas y se les solicitaba consejo. Pongámonos en una situación en la que para decidir sobre una opción vital consultáramos a un centenar de personas no necesariamente interesadas por nuestro bien, pero tampoco forzosamente

Aquí nos surge un nuevo aspecto a contemplar ya que si las redes sociales nos han acostumbrado a la inmediatez⁷³, la pandemia ha acentuado – si aun es posible – la necesidad de la respuesta rápida. Los investigadores pueden trabajar más, destinar más tiempo a sus experimentos (lo hemos visto con el descubrimiento de las vacunas) pero el transcurso del tiempo, que tan importante es para la valoración de los efectos de los ensayos, no puede acelerarse⁷⁴. Para que una información de carácter científico pueda recibir, por tanto, el marchamo de la certeza o el descrédito de la falsedad tienen que tener espacio las conjeturas, las hipótesis, las teorías alternativas que se planteen desde la honestidad, esto es, sin propósito de engaño.

Los matices que se acaban de apuntar se acentúan cuando se pone el foco en discursos que no se refieren al ámbito de las ciencias experimentales; cuando pasamos al área de las ciencias sociales o humanidades. No es solo que haya múltiples aspectos valorativos que son enteramente inverificables y que por tanto no pueden entrar dentro del concepto de información sino que los mismos datos son susceptibles e interpretaciones diversas. Los datos en estas admiten una pluralidad interpretativa. Los límites entre la información y la desinformación son tan lábiles en este ámbito que para considerar su relevancia jurídica más vale que nos adentremos en el que parece ser el elemento más firme para pensar que estamos ante un supuesto de desinformación: la voluntad de engañar.

empeñadas en nuestra ruina. Mucho de heroico tendría quien extrajera de ese enorme ruido algo más que furia.

⁷³ Sobre esta cuestión muy acertadamente F. Balaguer Callejón pone de manifiesto la relevancia que tiene en la conformación de la libertad de expresión el que los procesos comunicativos en el entorno digital se caractericen por la no especialización y la inmediatez: cfr. *El impacto de los nuevos mediadores*, cit.

⁷⁴ Es interesante a estos efectos lo que señalan R. Salaverría et al., *Desinformación en tiempos de pandemia*, cit., p.12: «Uno de los problemas a los que nos hemos enfrentado durante esta pandemia ha sido la difícil relación entre la “ciencia exprés” [...] y los medios de comunicación. Jamás en la historia de la ciencia la investigación había ido tan deprisa. En poco más de tres meses desde que se describió el primer caso en China, ya se podían consultar más de 9.000 artículos en la base de datos PubMed sobre el SARS-CoV-2 o la enfermedad Covid-19 (PubMed, 2020). Debido a la urgencia, muchos de estos trabajos, que se publican en abierto sin una revisión por pares, eran preliminares (pre-prints), algunos incluso opiniones o recomendaciones. Este exceso de información científica ha sido muy superior a lo que las propias editoriales podían asumir y en la mayoría de los casos se ha publicado sin la revisión que un trabajo de investigación requiere. Se han publicado artículos de baja calidad, pero de gran relevancia o repercusión pública, otros se han interpretado fuera de contexto o de forma errónea por personal no especializado, lo que ha fomentado la aparición de bulos».

Efectivamente, al hablar de información en ciencias experimentales hemos mencionado la palabra honestidad, lo que significa fidelidad a un paradigma de análisis de los hechos e interpretación de los mismos guiado por un propósito sustancialmente objetivo (aunque siempre habrá un sesgo de subjetividad insuprimible)⁷⁵. Es por tanto el carácter engañoso, tal y como se menciona en la definición de desinformación que la Comisión acuña y que la Orden asume, el que permite seguir avanzando en la caracterización de la desinformación. Y es el propósito manipulador el que puede justificar que se considere un conjunto de actuaciones desinformativas como una “campaña” de desinformación, que es realmente el objetivo al que parece dirigirse la Orden⁷⁶. La desinformación a través de las redes – su hábitat natural – puede convertirse en una forma moderna de desestabilización y es más que notoria que algunos estados se valen de ella como antaño de las agresiones selectivas. Las elecciones presidenciales norteamericanas, el referéndum del Brexit, el proceso secesionista en Cataluña, los países occidentales durante la pandemia, han sido objetivos en unos ataques que han intentado (y en ocasiones logrado) condicionar las respuestas ciudadanas en un sentido muy determinado, haciendo quebrar toda ilusión de que el resultado final fuera el decidido de forma autónoma por los sujetos llamados a participar⁷⁷.

La desinformación es, pues, el resultado engañoso pero un elemento para objetivarlo es que el fin no sea admisible (fines “espurios” es la expresión

⁷⁵ Puede ser útil remitirse al concepto de no veracidad tal y como resulta de la doctrina del TC. Cfr. la STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 5, según la cual quedan fuera de la protección dispensada por el artículo 20 «quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable, al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda contrastación o meras invenciones o insinuaciones». Así las cosas, «el informador, si quiere situarse bajo la protección del art. 20.1 d) CE, tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional». Lo que vale para el periodista debe ser válido para cualquier transmisor de información. La buena fe puede tener un papel discursivo fundamental.

⁷⁶ «El procedimiento establece cuatro niveles diferentes de activación que sirven tanto para detección de *campañas de desinformación* y su análisis ante unos posibles impactos en la Seguridad Nacional, como para el apoyo en la gestión de situaciones de crisis donde pudiera haber una afectación derivada de dichas *campañas*» (los resaltados son obviamente propios).

⁷⁷ Nos encontramos ante «un desafío mortal a la actual democracia liberal»: cfr. A. D’Atena, *La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de internet*, en *Revista de derecho constitucional europeo*, 30/2018.

que también utiliza la disposición). La Orden, en su selectiva acogida del criterio de la Comisión, indica que procede sumar a los requisitos para que una información falsa o engañosa sea desinformación que en su difusión haya un fin de lucro⁷⁸ o pretenda engañar deliberadamente a la población de tal modo que sea susceptible de causar (no procede esperar, pues, a que el perjuicio se concrete⁷⁹) un perjuicio público, esto es, un perjuicio a un interés público. De esta manera se incorporan elementos para verificar la proporcionalidad de cualquier respuesta. La falsedad o el engaño no deben pasar el filtro si no se ven afectados valores que han de tener inequívoca raigambre constitucional y que están vinculados bien con derechos concretos (como la vida y la salud o el derecho de participación), con presupuestos de la posibili-

⁷⁸ Aquí estriba una de las dificultades de principio de cualquier intervención política que busque la regulación de los flujos informativos. En el fondo se actúa sobre algo que había estado plenamente integrado en nuestros modelos sociales, el engaño. Tenemos testados los efectos del “Lava mejor que ningún otro detergente” y se pueden asumir. Ciertamente han sido un elemento fundamental para hibridar las naturalezas de ciudadano y consumidor (y fueron importantes las críticas que la democracia liberal ha soportado por este motivo: cfr. C. B. Macpherson, *La democracia liberal y su época*, Madrid, 1997) pero el sometimiento masivo a informaciones falsas con capacidad de modificar, por ejemplo, el comportamiento electoral es una vuelta de tuerca. Una actuación que permite un cierto paralelismo con la intervención contra la desinformación cuando tiene un ánimo de lucro es la que prohíbe la publicidad subliminal. La definición de la misma se encuentra en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual en cuyo artículo 2.33 (Correspondiente a Definiciones) figura: «Es publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida».

Cfr. igualmente el artículo 9 de la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado: «1. Los Estados miembros velarán por que las comunicaciones comerciales audiovisuales realizadas por prestadores sujetos a su jurisdicción cumplan los siguientes requisitos: a) las comunicaciones comerciales audiovisuales deberán ser fácilmente reconocibles como tales; queda prohibida la comunicación comercial audiovisual encubierta; b) las comunicaciones comerciales audiovisuales no utilizarán técnicas subliminales».

⁷⁹ En otro caso será posiblemente irreparable. Hay que comentar la función de anticipación que corresponde a los poderes públicos en supuestos de riesgo: cfr. U. Beck, *La sociedad del riesgo (Hacia una nueva modernidad)*, Barcelona, 1998, y que recoge también, por ejemplo, E. Schmitt-Assmann *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, p. 170.

dad de los mismos (el entorno medioambiental) o con el resultado de la acción armónica de todo el sistema de derechos y libertades (la seguridad)⁸⁰.

Las limitaciones del concepto de desinformación quedan al descubierto. Es ambiguo, efectivamente⁸¹. ¿Podría dejar de serlo? Desde la perspectiva que aquí se mantiene no. ¿Puede su ambigüedad conceptual servir para que gobernantes iliberales repriman los discursos que los ponen ante las cuerdas? No es, desde luego, posible descartar que se haga un abuso de él tan perverso como el que convirtió al valioso concepto de seguridad en una permanente amenaza para la libertad. Lo que es crucial es que se mantengan incólumes toda la red de controles políticos y jurídicos que permitan discernir la proporcionalidad de las respuestas. En cualquier caso hemos de asumir que la era que acabamos de inaugurar pugna por dejar la existencia humana al albur de poderes que escapan del control ciudadano. A los estados democráticos les corresponde retomar la iniciativa. Es inquietante comprobar la lista de invitados a la fiesta por el fin del Estado.

7. Comentarios conclusivos

La Orden que se ha tratado de caracterizar con todas las cautelas y múltiples dudas es en buena medida un catálogo de perplejidades con las que se intenta abordar un panorama comunicativo permanentemente

⁸⁰ Sobre los diferentes perfiles constitucionales del concepto de seguridad me permito hacer la remisión a: E. Guillén Lopez, *El concepto constitucional de seguridad en permanente redefinición*, en A. Pérez Miras, G. M. Teruel Lozano, E. C. Raffiotta, M. P. Iadicicco (dirs), *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española*, Vol. V, "Retos en el siglo XXI" (S. Romboli, coord.), Madrid, 2020; Id., *Explorando las relaciones entre seguridad, constitución y constitucionalismo europeo*, en P. Häberle, F. Balaguer Callejón, I. Wolfgang Sarlet, C. Luiz Strapazon, A. Aguilar Calahorro (cords.) *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel*, "Libro Homenaje a Jörg Luther", Pamplona, 2020; Id. *La anfibiaología constitucional del concepto de seguridad*, en F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López, J. F. Sánchez Barrilao, *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Navarra, 2020.

⁸¹ La Orden ha prescindido de distinguir entre las diferentes formas que puede asumir la desinformación seguramente por entender que se trata de una vana tentativa la categorización general y considerar como más plausible una definición en función de las circunstancias individuales del suceso y el contexto en que se propague la información. En este sentido podría decirse que no reviste igual importancia el bulo sobre las vacunas (por otra parte persistente desde hace bastantes años) en circunstancias de normalidad que en medio de la lucha contra una pandemia.

incierto y muy preocupante. Se postula como un procedimiento – o un experimento, más bien – que responde en un sentido positivo a la pregunta de raigambre constitucional sobre si tienen que intervenir los poderes públicos en materia de desinformación. En su contenido están todos los elementos especulativos suficientes para que a partir de esa estimación afirmativa se pudiera hacer un desarrollo normativo infraconstitucional coherente, que no es el que se lleva a cabo en la orden.

En buena medida el nuevo contexto que diseña, de consuno con el resto de los poderes públicos que han decidido retomar la iniciativa (muy especialmente la UE), muestra lo claramente superados que están los venerables conceptos clásicos con los que se ordenaba el proceso comunicativo preinternet. El paradigma de la información veraz que constituye la clave de bóveda del entramado que crea el artículo 20.1 d) CE no es satisfactorio porque lo que busca éste es, básicamente y sobre todo, resolver los conflictos puntuales entre derecho a la información y los derechos del artículo 18.1. En este contexto individual es suficiente ya que proporciona un criterio al juez en la resolución de los casos concretos. No es operativo cuando el problema de partida es la diseminación masiva de información inveraz, inverosímil o completamente falsa⁸².

En cualquier caso lo cierto es que el marco constitucional actual es profundamente anacrónico. Que no haya referencia ninguna al entorno digital y que por tanto los presupuestos del sistema comunicativo sigan siendo los de los años 70 (sociedad de la información, galaxia Gutemberg) en la era de internet, sociedad de la información y desinformación, y Wikipedia, dificulta mucho la constitucionalización de este aspecto que tan crucial es para el desarrollo individual y social. Su actualización se está haciendo fundamentalmente en el seno de la UE lo que es, desde luego, una garantía. Sin embargo, no puede dejar de advertirse la dificultad que puede tener la UE a la hora de dar una respuesta ajustada por cuanto la Unión cuenta entre sus miembros con regímenes que han emprendido la senda del iliberalismo con lo que es de

⁸² En este sentido Aba Catoira, *Los desórdenes informativos*, cit., p.132: «en el régimen tradicional de estas libertades la ponderación atiende siempre a si se han lesionado bienes jurídicos de titularidad individual, pero, los desórdenes informativos nos obligan a poner la atención en bienes de titularidad colectiva, como el orden público, la seguridad, la salud, los procesos electorales de formación, etc, lo que conlleva a una delimitación diferentes de la libertad de información».

Información, desinformación y pandemia

temer que utilicen cualquier pretexto para poner freno a disidentes y en definitiva a cuantos aspiren a controlar legítimamente al poder⁸³.

En la Orden no hay en realidad regulación material (siguiendo las recomendaciones de la Comisión de 5 de diciembre⁸⁴). Se acoge una perspectiva más vinculada con la seguridad que con la democracia – pese a que se sea éste el principio que se utiliza como piedra inaugural – que se hace cargo de que el nuevo panorama comunicativo no responde desde luego, a) a pautas espontáneas resultado de la intervención de actores libres e independientes que actúan conforme a pautas conocidas y admisibles (entre las que están indiscutiblemente, el interés económico); y b) es hábil para atentar contra valores constitucionales tan importantes que convierten en fallida una mera acción reactiva. Lo que se hace explícito es que mantener la esfera comunicativa al margen de toda aquella intervención que no sea garantizadora del pluralismo de los medios que procesan y difunden la información y opinión es un riesgo para la democracia y el Estado de Derecho. Esa es la visión de buena parte de los observadores y de la UE. Y este cambio de paradigma es el que debe ser tenido en cuenta para apreciar con justeza que esta Orden – que anticipa la anunciada Estrategia Nacional de Lucha contra la Desinformación – es una pieza en un intento embrionario de lucha por una ficción que algunos quieren erradicar instaurando una brutal desigualdad en el acceso al conocimiento, llevándonos a una era de oscuridad y manipulación.

⁸³ Esta es una de las razones, entiendo, de que la UE no fomente con claridad la regulación.

⁸⁴ Aba Catoira, *Los desórdenes informativos*, cit., p. 135.